

## ARTIKELLEN

# De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht

*J.L.W. Broeksteeg*

## 1. Inleiding

Reeds sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw staan zelfstandige bestuursorganen (zbo's) ter discussie. Zou de instelling van zbo's voldoende recht doen aan het primaat van de politiek? Zijn het grote aantal zbo's en de variëteit daarvan wel wenselijk? In hoeverre zou de wetgever algemene wetgeving over zbo's moeten vaststellen? Is er voldoende parlementaire en financiële controle op zbo's? En mogen zbo's algemeen verbindende voorschriften vaststellen? De discussie over zbo's komt in de kern neer op de vraag naar hun inbedding in de democratische rechtsstaat. Een discussie die ingewikkelder wordt, omdat Europese regelgeving ten aanzien van (bepaalde vormen van) zbo's voorschrijft dat zij (voldoende) onafhankelijk van politieke ambten moeten zijn én over regelgevende bevoegdheden beschikken.

In deze bijdrage onderzoek ik de democratische en rechtsstatelijke inbedding van zbo's, in het bijzonder ten aanzien van hun regelgevende bevoegdheden en in het licht van Europese regelgeving ten aanzien van zbo's. Eerst geef ik de Nederlandse (wetenschappelijke en politieke) discussie over de inbedding van zbo's in de democratische rechtsstaat weer (par. 2). Daarna ga ik in op de regelgevende bevoegdheid van zbo's (par. 3) en geef ik weer welke Europeesrechtelijke eisen aan bepaalde typen zbo's (in het bijzonder markttoezichthouders) worden gesteld (par. 4). Ten slotte ga ik in op de vraag wat deze eisen betekenen voor de democratische en rechtsstatelijke inbedding van zbo's en of alternatieve (verantwoordings)mechanismen voldoende waarborgen bieden om een democratisch en rechtsstatelijk tekort te kunnen 'aanvullen' (par. 5).

## 2. Zbo's en de democratische rechtsstaat

Zbo's worden vaak in de sleutel van een verminderde parlementaire controle geplaatst. Reeds het rapport *Steekhoudend ministerschap* van begin jaren negentig vestigt aandacht op de positie van de minister ten aanzien van zbo's. De minister heeft, in tegenstelling tot over zijn ministerie, geen directe zeggenschap over een zbo. Slechts over de bevoegdheden die hem in de (instellings)wet ten aanzien van het zbo zijn toegekend, hoeft hij verantwoording aan de Staten-Generaal af te leggen. Beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid betekent ook beperking

van de parlementaire controle.<sup>1</sup> Immers, als een minister niet bevoegd en dus niet verantwoordelijk is, kan de parlementaire controle zich niet daarover uitstrekken. In *Steekhoudend ministerschap* wordt daarom gesproken over een leemte in het staatsrechtelijke stelsel van ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle.

Deze leemte van parlementaire controle zou zo erg nog niet zijn, als het voor de Staten-Generaal klip-en-klaar zou zijn welke bevoegdheden de minister heeft ten aanzien van zbo's. Dat is echter niet het geval. Zbo's zijn ingesteld bij wet en deze instellingswet verschilt per zbo. In 2004 constateerde de commissie-Kohnstamm dat deze diversiteit de Kamers belemmert in hun parlementaire controle.<sup>2</sup> Toegegeven, mede naar aanleiding van het rapport van de commissie-Kohnstamm is het aantal zbo's aanzienlijk verminderd, van meer dan 400 naar ongeveer 120.<sup>3</sup> Maar ook met dit aantal is het beeld voor het parlement te diffuus om voldoende greep op zbo's te krijgen en te behouden. De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen heeft hierin, sinds 2006, enigszins verandering gebracht.<sup>4</sup> Deze wet beoogt ordening te brengen in de veelvormigheid van zbo's, daarmee in een helderder regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid te voorzien, het financiële toezicht te verduidelijken en het publiek toezicht te vergroten.<sup>5</sup> De achilleshiel van deze wet is dat zij als kader kan gelden, maar ook terzijde kan worden geschoven. Instelling van een zbo geschiedt immers bij wet, waarmee van een eerdere wet (de Kaderwet zbo's) kan worden afgeweken.

Voor de rechtsstatelijkheid van zbo's is aanzienlijk minder (wetenschappelijke of politieke) aandacht geweest. Zijlstra besteedde daar, in zijn proefschrift, wel structureel aandacht aan. Ten aanzien van legaliteit constateert hij dat de diversiteit van zbo's kan leiden tot onvoldoende (her)kenbaarheid daarvan. Hij acht (her)kenbaarheid relevant, omdat de burgers moeten kunnen weten van welk overheidsorgaan zij maatregelen te verwachten hebben.<sup>6</sup> Ik zou menen dat het legaliteitsbeginsel een breder bereik heeft: zbo's dienen tevens een gesloten huishouding te hebben. De (instellings)wet dient duidelijk enkele voldoende precies beschreven taken en bevoegdheden van het zbo te beschrijven. Een open huishouding dan wel veel beleidsvrijheid past niet bij een orgaan waarover een minister slechts beperkt verantwoording aflegt. Een vage of ruime taakomschrijving kent het gevaar dat het zbo zijn taken zelf ruim interpreteert. Wetmatigheid betekent hier, kortom, dat een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan als een zbo een exacte en limitatieve taakomschrijving kent.

- 1 *Steekhoudend ministerschap*, rapport van de externe commissie Ministeriële verantwoordelijkheid (commissie-Scheltema), *Kamerstukken II* 1992/93, 21427, 40 en 41, p. 40 en 47-48.
- 2 *Een herkenbare staat*, rapport van de werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau, Interdepartementaal Beleidsonderzoek 2003/04, nr. 1.
- 3 Zie <zboregister.nl> (geraadpleegd januari 2015). Het register vermeldt ook een aantal clusters, bijv. kenniscentra en keuringsinstanties.
- 4 Wet van 2 november 2006, *Stb.* 2006, 587.
- 5 *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, 1 en 2.
- 6 S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, p. 139.

Ten aanzien van de machtenscheiding is het beeld dubbel. Enerzijds zijn er zbo's waarvan het in het licht van de trias goed is dat zij 'buiten de politiek' zijn geplaatst. Denk aan de Kiesraad of, ten aanzien van bepaalde taken, De Nederlandsche Bank NV (hierna: DNB). Ook kan gelden dat indien de minister, bijvoorbeeld bij ministeriële regeling, regels ten aanzien van een bepaald beleidsgebied vaststelt, hij die regels niet zou moeten uitvoeren. Die uitvoering zou dan bij het zbo liggen; aldus kunnen wetgeving en uitvoering worden gescheiden. Anderzijds bestaat, afhankelijk van de bevoegdheden van het zbo, het gevaar dat ook een zbo zowel over regelgevende als over uitvoerende bevoegdheden beschikt. Een zbo zou niet al te veel bevoegdheden moeten uitoefenen om concentratie van bevoegdheden te voorkomen – immers het uitgangspunt van het beginsel van machtenscheiding. Ten slotte is rechterlijke controle van belang; ook het handelen en de besluiten van zbo's zijn daaraan onderworpen.

### 3. De regelgevende bevoegdheid van zbo's

Uit de voorgaande paragraaf kan men afleiden dat zbo's bij voorkeur niet over regelgevende bevoegdheden beschikken. Zij hebben geen democratische legitimatie en in het licht van de machtenscheiding moet voorkomen worden dat zbo's zowel regels stellen als die uitvoeren. Toch komt het voor dat de instellingswet aan zbo's regelgevende bevoegdheden toekent. Aanwijzing 124c van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) bepaalt hieromtrent dat regelgevende bevoegdheden uitsluitend aan zbo's worden toegekend, (a) voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft, of (b) in bijzondere gevallen, mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister. Wat een organisatorisch of een technisch onderwerp is, wordt (in de toelichting) niet vermeld.<sup>7</sup> Ook de 'bijzondere gevallen' van sub b zijn niet nader uitgewerkt. Opvallend is verder dat ten aanzien van de 'organisatorische of technische onderwerpen' geen ministeriële goedkeuring is vereist. Dat geldt alleen voor de 'bijzondere gevallen' – die kennelijk niet organisatorisch of technisch zijn.

Kloosterman en Winter analyseren de termen technisch en organisatorisch nader. Zij leggen 'technisch' uit als 'een (hoge) specifieke deskundigheid vereisend'. Het moet dan gaan, aldus deze auteurs, om een onderwerp waarover binnen een vakgebied weinig inhoudelijke discussie bestaat. Een technische regeling zou, zo bezien, geen beleidskeuzes bevatten. Organisatorische onderwerpen 'hebben betrekking op de efficiency en effectiviteit van (beslis)processen'. Ook hier zou, aldus wederom Kloosterman en Winter, de regeling moeten zijn gebaseerd 'op algemeen aanvaarde of aanvaardbare managementinzichten en niet op beleidskeuzes waarover discussie kan bestaan'. 'Bijzondere gevallen' vatten zij op als een categorie van overige gevallen die niet aan de inperking van 'technisch' of 'organisatorisch' voldoen.<sup>8</sup>

7 D.R. Kloosterman & H.B. Winter, 'In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van regelgeving', *RegelMaat* 2003, p. 121.

8 Kloosterman & Winter 2003, p. 122.

Daarmee lijken de Aanwijzingen voor de regelgeving enigszins tegemoet te komen aan het democratiebeginsel. Als er regels worden gesteld, dan zijn die 'slechts' van organisatorische of technische aard en is democratische legitimatie minder noodzakelijk. In de 'bijzondere gevallen' is goedkeuring door de minister vereist, waardoor indirecte parlementaire controle mogelijk is.<sup>9</sup>

Ten tijde van het onderzoek van Kloosterman en Winter waren er meer zbo's dan nu het geval is. Zij onderzochten 153 zbo's of clusters daarvan. In tal van de instellingswetten van de onderzochte zbo's troffen zij regelgevende bevoegdheden aan. Het betrof examenreglementen, keuringsreglementen, subsidiereglementen, enzovoort. Van de 153 zbo's beschikten er 61 over regelgevende bevoegdheden.<sup>10</sup> Van deze 61 konden er 39 een regelgevende bevoegdheid voor een 'bijzonder geval' uitoefenen. De auteurs rekenden daartoe bijvoorbeeld subsidiereglementen, omdat zulke regelingen (in de regel) niet zuiver technisch of organisatorisch van aard zijn en vaak juist beleidsinhoudelijke keuzes bevatten. In 30 procent daarvan bleek niet te zijn voorzien in de vereiste ministeriële goedkeuring.

Het zijn, zo constateren Verhey en Verheij, vooral (financiële) toezichthouders die over regelgevende bevoegdheden beschikken.<sup>11</sup> Zij wijzen op DNB, bevoegd op grond van de wet, en op de Autoriteit Financiële Markten (AFM), bevoegd op grond van delegatie. Sinds het verschijnen van hun preadvies in 2005 zijn er meer zbo's ingesteld met regelgevende bevoegdheden. Daartoe zijn de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Autoriteit Consument & Markt (ACM) te rekenen. Ik noem enkele voorbeelden, in de eerste plaats twijfelgevallen. Artikel 36 van de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) bepaalt dat de ACM tariefstructuren en voorwaarden vaststelt.<sup>12</sup> Is in dit geval sprake van regelgeving, of gezien het Bromfiets-helm-arrest toch van uitvoering van de wet?<sup>13</sup> Dat is niet op voorhand duidelijk. De ACM kan ook allerlei verplichtingen opleggen aan ondernemingen in de telecommunicatie, zoals ten aanzien van tarieven voor toegang tot de betreffende markt en voor eindgebruikers.<sup>14</sup> Ook ten aanzien daarvan is het de vraag of deze verplichtingen algemeen verbindende voorschriften betreffen, of dat het opleggen van deze verplichtingen veeleer de uitvoering van de (Telecommunicatie)wet betreft. Lavrijssen beschrijft in haar artikel in deze aflevering van *RegelMaat* nog meer bevoegdheden van de ACM die regelstellend zouden zijn: het vaststellen van netwerktarieven voor elektriciteit en gas, de methode voor berekening van de tarieven en codes voor de toegang tot elektriciteits- en gasnetwerken.<sup>15</sup> Betreft het hier, in de woorden van voornoemd arrest, 'slechts uitvoering (...) nodig om'

9 Vgl. Kloosterman & Winter 2003, p. 122.

10 Kloosterman & Winter 2003, p. 124. (Overigens constateren zij dat sommige zbo's de bevoegdheid tot het vaststellen van regels verwarren met de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels, p. 125.)

11 L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters', in: *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, jrg. 135), Deventer: Kluwer 2005, p. 159.

12 Zie ook art. 55 van die wet.

13 HR 11 januari 1977, NJ 1977/467.

14 Art. 6a.2 jo. art. 6a.7, 6a.9, 6a.13 en 6a.14 TCOMW.

15 Zie art. 27, 31, 36, 41 en 41c E-wet en art. 12a, 12b, 12f, 81 en 81c Gaswet.

aan de wet 'de vereiste werking te verzekeren', dan wel 'het geven van nadere regelen'? Nog een voorbeeld van twijfel op een ander vlak: artikel 5a.2a van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek geeft weer dat het accreditatieorgaan hoger onderwijs (de Nederlands-Vlaamse Accreditatie Organisatie voor het hoger onderwijs, NVAO) het accreditatiekader vaststelt. Ook hier kan de vraag worden gesteld of het vaststellen van dit kader regelgeving is, of wellicht toch uitvoering? Omdat lid 3 van hetzelfde artikel goedkeuring van de minister voorschrijft, lijkt het op regelgeving en wel in de zin van de 'bijzondere gevallen' van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Dan is immers ministeriële goedkeuring vereist.

Zeer duidelijk zijn de regelgevende bevoegdheden van de NZa op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). In veel artikelen daarin is bepaald dat de zorgautoriteit regels kan stellen.<sup>16</sup> De wet bevat zelfs enkele 'algemene bepalingen' omtrent de regelgeving door de NZa, bijvoorbeeld over voorlichting daaromtrent en bekendmaking.<sup>17</sup> De Wet op het financieel toezicht (Wft) geeft regels voor DNB en de AFM. Artikel 1:28 lid 2 Wft bepaalt dat DNB in bijzondere omstandigheden bevoegd is om tijdelijke algemeen verbindende voorschriften te stellen; lid 3 geeft hetzelfde weer voor de AFM. Een merkwaardige bepaling is artikel 1:29 lid 1 Wft: als een algemeen verbindend voorschrift van DNB of de AFM in strijd is met de wet, een verdragsbepaling of een bindend besluit, stelt de minister bij ministeriële regeling regels. Hetzelfde kan hij op grond van lid 2 doen indien de algemeen verbindende voorschriften van deze toezichthouders 'onevenredige belasting voor de financiële markten' met zich meebrengen. Artikel 1:46 Wft schrijft voor dat de toezichthouders verplicht zijn tot samenwerking in verband met de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften.

Een bijzondere categorie zijn de beleidsregels. Die worden niet vastgesteld op grond van een regelgevende, maar op grond van een bestuurlijke bevoegdheid. Indien echter beleidsregels worden vastgesteld, is er kennelijk sprake van een discretionaire bevoegdheid. Bovendien kunnen derden aan deze regels verwachtingen ontleen. Om die reden zouden beleidsregels ofwel door de minister moeten worden vastgesteld – hij bepaalt immers het beleid – ofwel aan hem ter goedkeuring moeten worden voorgelegd. Een voorbeeld van vaststelling door de minister is artikel 4c van de Wegenverkeerswet 1994 (Dienst Wegverkeer). Het komt echter ook vaak voor dat de wet de bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels aan het zbo overlaat. Voor de NZa verwijs ik naar artikel 57-59 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). Ten aanzien van de ACM kunnen artikel 2.4 van de Wet handhaving consumentenbescherming en artikel 5 van de Mededingingswet als voorbeeld gelden.<sup>18</sup> In de memorie van toelichting op de Instellingswet ACM is uitdrukkelijk weergegeven dat de keuze is gemaakt om met betrekking tot beleidsregels van de ACM niet in een goedkeuringsrecht van de verantwoordelijke minister te voorzien. Een van de argumenten daarvoor is dat het

16 Zie art. 27, 31, 34 lid 3, 36 lid 3, 37, 38 lid 3 en 7, 39 lid 2, 45, 62 en 68 Wmg.

17 Zie art. 20 Wmg.

18 In het laatste geval is bepaald dat de ACM andere belangen dan economische belangen in haar afweging moet betrekken.

Europees recht daaraan in de weg zou staan.<sup>19</sup> Ik kom daarop terug in de volgende paragraaf.

Theoretisch is de regeling van Ar 124c evenwichtig. Hoewel de bevoegdheid tot regelgeving in beginsel niet past bij niet (indirect) democratisch gelegitimeerde ambten, is deze bevoegdheid in casu beperkt tot uitvoeringszaken. Daar waar de vaststelling van regels door zbo's beleid kan raken – in de categorie 'bijzondere gevallen' – behoeft de regeling ministeriële goedkeuring. Daarmee zijn ministeriële verantwoordelijkheid en bijgevolg parlementaire controle gegarandeerd. De praktijk is weerbarstiger. Een aanzienlijk gedeelte van de zbo's beschikt over regelgevende bevoegdheden en deze lijken verder te gaan dan de enkele uitvoering van door de wetgever, de regering of de minister gegeven regels. De prominente aanwezigheid van beleidsregels illustreert dat de huishouding van zbo's niet zo gesloten is als men zou vermoeden (of, vanuit rechtsstatelijk perspectief, zou hopen).

#### 4. Zbo's in Europees perspectief

Veel zbo's zijn ingesteld (mede) vanwege EU-recht. Het mededingingsrecht of het monetaire recht zou daartoe in het licht van harmonisatie van markten noodzakelijk. Om harmonisatie te bereiken zijn Europese regels nodig en zbo's dienen op de naleving daarvan toe te zien. Verhey en Verheij spreken van marktmeesters: deze zbo's houden toezicht op de geharmoniseerde markten. De Europese Unie schrijft deze toezichthoudende instanties voor – aangeduid als nationale regulerende instanties<sup>20</sup> – en stelt daar eisen aan. Een voorbeeld is de Fytorichtlijn, die in artikel 2 lid 1 onder g bepaalt dat openbaar gezag niet mag worden toegekend aan een privaatrechtelijke rechtspersoon (zoals een zbo) die ook andere, niet-publieke taken uitoefent.<sup>21</sup>

Fundamenteler is echter de vraag in hoeverre (de markttoezichthoudende) zbo's onafhankelijk moeten zijn. In een enkel geval vloeit die onafhankelijkheid uit het verdrag voort. Artikel 130 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt dat het noch de Europese Centrale Bank (ECB), noch de nationale centrale banken is toegestaan instructies te vragen of te aanvaarden van enig Europees of ander (nationaal) orgaan. Deze verdragsbepaling schrijft derhalve voor DNB onafhankelijkheid voor ten opzichte van nationale organen, dus ook de politieke. In dat licht is het opvallend dat de minister, zoals hiervoor weergegeven, op grond van artikel 1:28 en 1:29 Wft kan ingrijpen indien een algemeen verbindend voorschrift, vastgesteld door DNB, in strijd is met de wet of een verdragsbepaling, dan wel onevenredig benadelend voor de financiële markten wordt geacht.

Minder dwingend is de Kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (met andere woorden ten aanzien van telecom), die in artikel 3

19 *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 11.

20 Ik laat deze term, in het bijzonder het woord 'regulerende', hier verder onbesproken, met dien verstande dat 'regulerende' niet per se duidt op regelgevende instantie.

21 Richtlijn 2000/29/EG van 8 mei 2000, *PbEG* 2000, L 169; Zijlstra 2009, p. 207.



lid 2 voorschrijft dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties waarborgen 'door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden'. Indien lidstaten de eigendom van of de zeggenschap over elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, dan moeten zij zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.<sup>22</sup> Met andere woorden: het beheer van deze ondernemingen door de nationale overheid mag aan hun (onafhankelijke) functioneren niet in de weg staan.

In artikel 8 lid 1 van deze Kaderrichtlijn is weergegeven dat de nationale regulerende instanties bij de uitvoering van de in de richtlijn 'omschreven regelgevende taken alle redelijke maatregelen treffen die gericht zijn op de verwezenlijking van de [in dit artikel] genoemde doelstellingen'. Indien nodig heeft, zo concludeert ook Lavrijssen, het zbo de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te stellen, althans in het licht van de doelen, genoemd in artikel 8.

Mede naar aanleiding van deze bepaling ontstond een discussie over de vraag wat onafhankelijkheid betekent, meer precies van wie de 'nationale regulerende instantie' onafhankelijk zou moeten zijn. Onafhankelijkheid betekent hier, zo betoogt Voskamp-ter Borg, onafhankelijkheid van de betreffende sector.<sup>23</sup> Ook Verhey en Verheij stellen dat een strikte scheiding van de overheid hier niet wordt gevraagd.<sup>24</sup> Anderen, zoals Lavrijssen, menen dat onafhankelijkheid betekent dat de betreffende markttoezichthouder een zbo moet zijn.<sup>25</sup> Het beleid zou los moeten staan van de uitvoering en het toezicht daarop. Het toezicht zou niet mogen worden beïnvloed door 'de politiek'.

Inmiddels gaat de Richtlijn betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit veel verder.<sup>26</sup> Artikel 35 lid 4 bepaalt dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie waarborgen en dat zij ervoor zorgen dat zij hun bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefenen. Daarom moeten de lidstaten erover waken dat de regulerende instantie 'juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit'. Ook het personeel en de personen belast met het beheer moeten onafhankelijk zijn van marktbelangen en mogen bij hun taken geen instructies ontvangen van de nationale regeringen. Lid 5 van hetzelfde artikel gaat zelfs wat verder dan 'functionele onafhankelijkheid': de regulerende instantie moet zelfstandig besluiten kunnen nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan. Zij moet daarom onder meer afzonderlijke jaarlijkse begrotingstoewijzingen ontvangen, zodat zij over autonomie beschikt bij de uitvoering van haar begroting, en zij voldoende personele en financiële middelen heeft om haar taken uit te voeren. Ook

22 Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002, *PbEG* 2002, L 108/33.

23 I. Voskamp-ter Borg, 'Europese eisen aan de nationale toezichthouder', *NJB* 2005, p. 987.

24 Verhey & Verheij 2005, p. 167.

25 S.A.C.M. Lavrijssen, 'De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging', *SEW* 2004, p. 18 e.v.

26 Richtlijn 2009/72/EG van 13 juli 2009, *PbEU* 2009, L 211/55.

bevat dit lid regels over het bestuur: de leden daarvan worden aangesteld voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar, die eenmaal kan worden verlengd.

Dezelfde formuleringen (als in art. 35 lid 4 en 5 van de Richtlijn betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit) zijn neergelegd in artikel 39 van de Richtlijn betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas.<sup>27</sup> Expliciet is bepaald dat de 'regulerende instantie' 'functioneel onafhankelijk' is van enige andere publieke of particuliere entiteit, althans indien zij uitvoering geven aan EU-recht. Daaronder vallen ook politieke ambten.

'Functioneel onafhankelijk' betekent – en ook dat is uitdrukkelijk vastgelegd – dat deze instanties zelfstandig besluiten nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan. Het betekent dat een zbo inhoudelijk, zonder bemoeienis van de minister, moet kunnen functioneren. De hiervoor aangehaalde memorie van toelichting op de Instellingswet ACM noemt ook artikel 35 van de ene en artikel 39 van de andere richtlijn als reden voor het ontbreken van ministeriële goedkeuring van beleidsregels van de ACM. De functionele onafhankelijkheid neemt niet weg dat de nationale autoriteiten, de regering of de minister derhalve, beleidsregels kunnen vaststellen ten aanzien van het zbo. Deze mogen echter, zie ook de bijdrage van Lavrijssen, geen betrekking hebben op de inhoudelijke werkzaamheden van het zbo. Dat betreft ook hun regelgevende bevoegdheden. De beleidsregels van de minister moeten derhalve betrekking hebben op zaken die buiten de doelen van het zbo liggen. De functionele onafhankelijkheid neemt evenmin weg dat de minister de leden (van het bestuur) van zbo's kan benoemen. Daarbij geldt wel dat hij niet zomaar de leden kan ontslaan, laat staan vanwege de inhoudelijke keuzes die een zbo maakt. In de eerdergenoemde Richtlijn betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit is in artikel 5 opgenomen dat de lidstaten voorzien in een rouleringsschema voor het bestuur en dat de leden van het bestuur uitsluitend van hun ambt worden ontheven als zij niet langer voldoen aan de in dit artikel omschreven voorwaarden (onduidelijk is overigens welke dat precies zijn) of volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag.<sup>28</sup> Voortijdig ontslag zonder zwaarwegende en objectieve gronden kan, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie in een zaak over de Hongaarse autoriteit voor de bescherming van persoonsgegevens, de onafhankelijke vervulling van de taken van de autoriteiten verhinderen. Immers, dan zou ontslag gedurende het mandaat van het bestuur als een dreiging boven de autoriteit hangen.<sup>29</sup>

27 Richtlijn 2009/73/EG van 13 juli 2009, *PbEU* 2009, L 211/94. Lavrijssen noemt in haar artikel ook art. 28 Richtlijn 95/46/EG, *PbEG* 1995, L 281/95, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, waarin is bepaald dat de autoriteiten belast met het toezicht op – kort weergegeven – de bescherming van persoonsgegevens, de hun opgedragen taken 'in volledige onafhankelijkheid' vervullen.

28 Richtlijn 2009/72/EG, zie voetnoot 26.

29 Zie uitgebreider het artikel van Lavrijssen; HvJ EU 8 april 2014, ECLI:EU:C:2014:237, *EHRC* 2014/113 (Europese Commissie/Hongarije).



## 5. Alternatieve mechanismen?

Het zal duidelijk zijn dat een vergaande onafhankelijkheid van de nationale zbo's, in combinatie met de toekenning van regulerende bevoegdheden, in het licht van hetgeen hiervoor is opgemerkt over de Nederlandse zbo-discussie, niet wenselijk is. Grote en belangrijke delen van het overheidsbeleid staan niet meer onder parlementaire controle, omdat ministeriële verantwoordelijkheid nu eenmaal ontbreekt. Daarmee blijven de 'nationale regulerende instanties' buiten bereik van (nationale) parlementaire controle. Dat klemmt temeer omdat er ook vanuit rechtsstatelijk perspectief bezwaren bestaan. De betreffende zbo's beschikken over regelgevende bevoegdheden en zijn bevoegd beleidsregels vast te stellen. Van zuivere uitvoering van beleid is geen sprake meer. Wel kunnen we spreken van een concentratie van bevoegdheden. Aldus ontstaat het gevaar van een staat in een staat: een overheidsinstantie die regels vaststelt en uitvoert, en tegelijkertijd nauwelijks te controleren is door politieke ambten.

Daarmee is de kous echter niet af. Vooralsnog gelden de genoemde Europese regels ten aanzien van markttoezichthoudende zbo's. De problematische inbedding in de democratische rechtsstaat betekent dat we moeten zoeken naar alternatieve *checks and balances*, waardoor deze zbo's wellicht beter aanvaardbaar zijn. Volgens Lavrijssen ontwikkelt het markttoezicht zich al in die richting. Zij noemt in haar bijdrage een aantal rechtsstatelijke en democratische beginselen, een mix van politieke, publieke en juridische verantwoordingsinstrumenten die moeten waarborgen dat de toezichthoudende autoriteiten hun taken op een rechtmatige en redelijke wijze uitvoeren. Zij noemt in dat verband dat de betreffende instanties een grondslag in wetgeving hebben en die ook moeten naleven (de wetgever stelt de doelen, taken en bevoegdheden vast), dat zij verantwoording afleggen door het zenden van jaarverslagen, dat er rechterlijk toezicht op deze instanties bestaat, dat er Europese controle is in de vorm van (onder meer) verantwoording aan de Europese Commissie en dat zij samenwerken in Europese agentschappen en netwerken waarin onderlinge controle bestaat. Ten slotte noemt Lavrijssen transparantie en (maatschappelijke) verantwoording aan belanghebbende partijen. Daaraan zijn nog meer *checks and balances* toe te voegen: rechtstreekse verantwoording van zbo's aan het parlement, een college van toezicht en intern toezicht.<sup>30</sup> Wellicht kunnen deze *checks and balances* bijdragen aan inbedding van zbo's in de democratische rechtsstaat en in het bijzonder van hun regelgevende bevoegdheid daarin.

Ik begin met transparantie, ofwel openbaarheid van bestuur. Openbaarheid van jaarverslagen, besluiten en vergaderingen is ontegenzeggelijk van groot belang. Het geeft het parlement en burgers inzicht in de werkwijze van zbo's. Ten aanzien van de regelgevende bevoegdheid van zbo's geldt reeds dat algemeen verbindende voorschriften bekendgemaakt moeten worden. Maar openbaarheid van bestuur betekent nog geen publieke verantwoording. De Kamers kunnen de minister niet ter verantwoording roepen over de geopenbaarde documenten, want daar gaat hij immers niet (meer) over. De verantwoording geldt dan wellicht ten aanzien van

30 Verhey & Verheij 2005, p. 236 e.v.

de media – en het is ten eerste de vraag of dat een wenselijke vorm van verantwoording is. In zekere zin geldt hetzelfde voor de verantwoording in de vorm van jaarverslagen. De minister kan daar nauwelijks wat mee, vanwege de functionele onafhankelijkheid van het zbo, in het bijzonder van ‘de politiek’, en hetzelfde geldt voor het parlement. De minister en de Kamers kunnen hoogstens kritische vragen stellen, maar daar geen consequenties aan koppelen. Het openbaren van de jaarverslagen, waaronder de toezending aan de minister, is dan ook voornamelijk een vorm van transparantie, die de publieke verantwoording (het uitleggen, verdedigen en motiveren van beleid) niet kan vervangen.

Zbo's zijn verankerd in de wet en moeten de wet naleven. Dat betekent dat het parlement zeggenschap heeft in de (staatsrechtelijke) positie en in de bevoegdheden en taken van het zbo. Dat geldt echter tot op zekere hoogte. Zoals we hiervoor hebben gezien, geven Europese richtlijnen regels voor die juridische positie (onafhankelijkheid) en ten aanzien van de bevoegdheden van zbo's. De nationale parlementaire zeggenschap ten aanzien van wetgeving voor deze door de Europese Unie beïnvloede zbo's is dus beperkt. Dat deze zbo's verantwoording afleggen aan de Europese Commissie doet daaraan niet af. Zij blijven immers, hoezeer zij ook europeaniseren, nationale instanties, die ingebed moeten worden in nationale staatsrechtelijke structuren. Hetzelfde geldt voor de Europese netwerken waarin zbo's participeren. Hoe lovenswaardig onderlinge controle en intervisie ook zijn, deze netwerken hebben slechts een gebrekkige (democratische en juridische) legitimatie en hun verantwoording is diffuus.

Zouden de (markttoezichthoudende) zbo's dan rechtstreeks aan het parlement verantwoording kunnen afleggen? De bestuurders van deze zbo's zouden dan rechtstreeks aan het parlement vragen kunnen beantwoorden en hun jaarverslag kunnen toelichten. Dat is echter, zo valt te vrezen, moeilijk verenigbaar met de (door de Europese Unie) vereiste onafhankelijkheid van zbo's.<sup>31</sup> Verhey en Verheij noemen een nieuw college van toezicht, specifiek belast met toezicht op marktautoriteiten. Dat is, evenzeer als de zbo's zelf, onafhankelijk van de politiek en zo'n college zou bevoegdheden kunnen uitoefenen die nu vaak bij de minister liggen, zoals het vernietigingsrecht. Het zbo legt verantwoording af aan dit college en aldus blijft het vereiste van onafhankelijkheid gewaarborgd. Zo'n college van toezicht leidt echter wel tot een verdere complicatie van het openbaar bestuur: nieuwe controlemechanismen worden gestapeld op al bestaande mechanismen.<sup>32</sup>

Een volgende mogelijkheid is interne verantwoording: een raad van toezicht. Dat kan nuttig zijn indien die raad het bestuur kritisch volgt en adviseert. Soms bestaat dat intern toezicht al. DNB kent bijvoorbeeld een raad van commissarissen.<sup>33</sup> Het betreft hier een vorm van interne en niet van publieke verantwoording. Ten slotte is er de verantwoording aan belanghebbenden. Gedeeltelijk is daarin voorzien door artikel 19 lid 2 van de Kaderwet zbo's, waarin is vastgelegd dat een zbo voorzieningen treft waardoor personen en instellingen die met dit zbo in aanraking komen, in de gelegenheid zijn voorstellen tot verbeteringen van

31 Vgl. Verhey & Verheij 2005, p. 239-240.

32 Verhey & Verheij 2005, p. 244-245.

33 Art. 13 Bankwet 1998.

werkwijzen en procedures te doen. Hoewel het betrekken van ‘stakeholders’ bij de werkzaamheden van een zbo wenselijk is, kleven aan deze verantwoording de nodige bezwaren, waarvan de belangrijkste hier is dat belangenvertegenwoordigingen in de regel niet bevoegd zijn om in te grijpen in een zbo. Van publieke verantwoording kan ook hier moeilijk worden gesproken.<sup>34</sup>

De voorstellen zijn stuk voor stuk interessant, maar kunnen uiteindelijk niet gelden als een middel van publieke verantwoording. In de eerste plaats omdat het ‘pakket’ aan alternatieve mechanismen het staatsbestel nodeloos compliceert. Elk van deze voorstellen betekent een aanvulling op bestaande controle- en verantwoordingsinstrumenten; de voorstellen tezamen genomen betekenen een aanzienlijke uitbreiding daarvan en, zoals eerder betoogd, een aanzienlijke complicering van het openbaar bestuur. In de tweede plaats omdat een belangrijk kenmerk van verantwoording is dat niet alleen inlichtingen worden gegeven, maar dat gemaakte beleidskeuzes (waaronder de door een zbo vastgestelde regelgeving) ook uitgelegd, gemotiveerd en verdedigd worden, en dat daaraan consequenties kunnen worden verbonden.<sup>35</sup> Daarvan is in de genoemde voorstellen geen sprake. Hoe belangrijk noties als openbaarheid, zorgvuldigheid en recht- of wetmatigheid ook zijn, voor volwaardige publieke verantwoording is meer nodig.<sup>36</sup>

## 6. Slot

In de nationale discussie over zbo’s ligt de nadruk op hun democratische en rechtsstatelijke inbedding. Recenter is de discussie over de mate waarin zbo’s over regelgevende bevoegdheden moeten beschikken. In het licht van legaliteit en machtscheiding moet die bevoegdheid niet al te lichtvaardig aan zbo’s worden toegekend. Tegelijkertijd voltrekt zich een ontwikkeling onder invloed van het Europees recht, waardoor (markttoezichthoudende) zbo’s met bestuurlijke en regelgevende bevoegdheden worden toegerust. Volgens recente Europese richtlijnen moeten deze zbo’s functioneel onafhankelijk zijn van politieke ambten. De betreffende zbo’s zijn voorts veelal bevoegd tot het vaststellen van regels en zij zijn uitvoerders van regelgeving. Dat valt moeilijk te rijmen met democratische en rechtsstatelijke beginselen. Alternatieve verantwoordingsmechanismen kunnen vooralsnog onvoldoende deze leemte invullen; van echte publieke verantwoording is geen sprake.

Het voorgaande betekent dat een fundamentele keuze moet worden gemaakt om de democratische en rechtsstatelijke inbedding van de (markttoezichthoudende) zbo’s te garanderen. Ofwel de staatsrechtelijke inbedding, de inrichting en de bevoegdheidstoedeling van deze instellingen worden meer overgelaten aan de lidstaten, ofwel zij ‘europeaniseren’ verder: zij worden ingericht als (nationale

34 Verhey & Verheij 2005, p. 250-251.

35 J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 17-19.

36 Vgl. J.L.W. Broeksteeg, ‘Ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganen’, in: J.L.W. Broeksteeg, J.Th.J. van den Berg & L.F.M. Verhey, *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 95-96.

dependances van) Europese *agencies*. Aan beide opties zitten de nodige haken en ogen.

De nationale optie betekent dat de Europese Unie de lidstaten vrijer zal moeten laten ten aanzien van de inrichting van zbo's, in het bijzonder ten aanzien van markttoezicht. Dat is vermoedelijk een brug te ver; het lijkt mij politiek niet haalbaar de Europese Unie (op dit punt) een stap terug te laten doen. Bovendien zijn de betreffende zbo's werkzaam op terreinen waarop de invloed van de Europese Unie immens groot is. De gemeenschappelijke markt vergt juist ten aanzien van deze onderwerpen uniformering van (nationale) regelgeving. Inbedding in nationale democratische en rechtsstatelijke structuren impliceert nationale invloed op de onderwerpen die de betreffende zbo's reguleren, waarop zij toezicht houden, enzovoort. Die nationale invloed is sterk afgenomen. Deze optie zou daarmee ook betekenen dat de Europese invloed op deze onderwerpen zou moeten afnemen. Immers, als de bevoegdheden vooral voortvloeien uit Europese regelgeving en het toezicht is primair nationaal geregeld, dan blijft de geconstateerde democratische en rechtsstatelijke leemte bestaan. Zoals gezegd, afname van Europese invloed ten aanzien van deze zbo's lijkt mij niet haalbaar – nog daargelaten de vraag in hoeverre dat wenselijk is.

Ook de Europese optie impliceert dat de betreffende zbo's worden ingericht als (nationale dependances van) Europese *agencies*. Zij rapporteren aan de Europese Commissie, die op haar beurt verantwoording aflegt aan het Europees Parlement. Ook hieraan kleven haken en ogen, maar deze optie ligt wel meer voor de hand. Het aantal Europese *agencies* is reeds groot en de afgelopen decennia aanzienlijk gestegen. Scholten signaleert in haar proefschrift dat de institutionele vormgeving van de verantwoordingsmechanismen van deze *agencies* soms lacunes kent. De institutionele vormgeving varieert bovendien te veel – een aardige parallel met de Nederlandse discussie – om daarop effectief toezicht te kunnen uitoefenen. Ook schiet de controle door het Europees Parlement – wederom een parallel – vaak tekort. Scholten pleit dan ook voor een juridisch bindend verantwoordingskader.<sup>37</sup> Afgezien van deze institutionele vraagstukken, betekent de Europese optie ook dat de lidstaten moeten accepteren dat zij geen zeggenschap meer hebben over de betreffende zbo's. De (weinige) zeggenschap die er nu nog is, komt dan ook op Europees niveau te liggen. Wel kunnen lidstaten overwegen om de zbo's die thans ook nog nationale taken uitoefenen, te splitsen in een nationale en een Europese zbo.

Kortom, beide opties kennen hun eigen problemen – en verdienen nader onderzoek. Maar door de fundamentele keuze te maken tussen nationale of Europese vormgeving kunnen deze zbo's beter worden ingebed in democratische en rechtsstatelijke structuren. Nu zweven zij te veel tussen en te los van het nationale en het Europese openbaar bestuur.

37 M. Scholten, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience* (diss. Maastricht), 2014, in het bijzonder hoofdstuk 2 en 5.